

OPINIÓN N° 055-2021/DTN

Solicitante: Roca S.A.C.

Asunto: Garantías

Referencia: Formulario S/N de fecha 06.ABR.2021 - Consultas del Sector Privado sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de la empresa Roca S.A.C. formula una consulta referida a la garantía por prestaciones accesorias.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

1. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, antes de ser modificado por el Decreto Supremo N° 168-2020-EF.

La consulta formulada es la siguiente:

- 2.1. “Solicitamos que OSCE confirme que, tratándose de garantías (bancarias) de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, aquellas dejan de ser exigibles (de hecho, jurídicamente se extinguen automáticamente al precluir la obligación principal que les da cobijo), bajo responsabilidad de la Entidad, si esta última deja vencer los 10 días concedidos a su favor por el artículo 168o del Reglamento, sin emitir la conformidad de la prestación ni formular las observaciones a que**

hubiere lugar.” (Sic).

- 2.1.1. Antes de iniciar el presente análisis, cabe señalar que este Organismo Técnico Especializado no es competente para pronunciarse sobre un escenario concreto, pues ello está fuera de las competencias conferidas legalmente; por tanto, cualquier controversia que se presente durante la ejecución del contrato debe ser resuelta a partir de lo que dispone la normativa de contrataciones del Estado al respecto, y la evaluación de los elementos que componen el caso que es materia de análisis.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, se brindarán alcances generales vinculados a los temas planteados en vuestra consulta, en el marco de lo regulado en la normativa de contrataciones del Estado.

Sobre la conformidad de la prestación en bienes y servicios.

- 2.1.2. Al respecto, el artículo 168 del Reglamento establece que *“La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección”*, precisando que, *“La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento”*. (El subrayado es agregado).

Para efectos de brindar la conformidad, el numeral 168.3 del citado artículo establece que esta se emite en un **plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción**, añadiendo que, dependiendo de la complejidad o sofisticación de la contratación, la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días; por su parte, el numeral 168.4 dispone que, de existir observaciones, la Entidad las debe comunicar al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de la contratación, o si se trata de consultorías, el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días.

En relación con lo señalado hasta este punto, es pertinente indicar que las condiciones para brindar la conformidad —*entre las demás condiciones de ejecución contractual*—, se encuentran establecidas en las bases¹ del procedimiento de selección, las cuales son parte constituyente del contrato² una vez que este es perfeccionado. De esta forma, una vez perfeccionado el contrato, el contratista estará obligado a ejecutar las prestaciones a su cargo en los términos contractuales establecidos en este, y la Entidad sólo podrá dar la conformidad por la prestación a

¹ De conformidad con lo establecido en el artículo 48 del Reglamento.

² De acuerdo con lo establecido en el artículo 138 del Reglamento: *“El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes”*.

cargo del contratista cuando este cumpla con ejecutarla cumpliendo las condiciones establecidas en el contrato.

Como puede apreciarse, la recepción y la conformidad por las prestaciones ejecutadas por el contratista, son dos acciones distintas, que están bajo la responsabilidad del área usuaria, salvo en el caso de los contratos de bienes en los que la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección. Así, para dar la conformidad, es necesario contar con el informe del funcionario responsable del área usuaria quien, para tales efectos, debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, las calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar, además, las pruebas que fueran necesarias.

Sobre la vigencia de las garantías de fiel cumplimiento en el marco de los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado

2.1.3. Al respecto, debe indicarse que el artículo 33 de la Ley establece que “*Las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos*”, precisando que “*Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones **son regulados en el reglamento***”³. (El subrayado y resaltado son agregados).

Sobre el particular, el artículo 149 del Reglamento establece que “*Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador entrega a la Entidad la **garantía de fiel cumplimiento** del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original. Esta se mantiene vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras*”. (El resaltado y subrayado son agregados).

De manera similar, respecto de las **garantías de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias**, el artículo 151 del Reglamento dispone lo siguiente: “*En las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías o de obras que conllevan la ejecución de prestaciones accesorias, tales como mantenimiento, reparación o actividades afines, **se otorga una garantía adicional** por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato de la prestación accesorio, la misma que es **renovada periódicamente hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas**. El OSCE **mediante Directiva establece** las disposiciones complementarias para la aplicación de esta garantía*”. (El resaltado y subrayado son agregados). Cabe señalar —como ya se indicó— que la conformidad está sujeta al cumplimiento de las condiciones contractuales establecidas en las bases del procedimiento de selección para tales efectos.

En este punto resulta relevante anotar que la garantía de fiel cumplimiento tanto por la prestación principal y así como por las prestaciones accesorias tienen la misma

³ En adición, el segundo párrafo del artículo 33 de la Ley establece que “*Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten*”.

función que es la de asegurar el cabal cumplimiento del contrato, para ello, el acto mediante el cual se deja evidencia de la correcta ejecución de la prestación es la conformidad otorgada por la Entidad.

Aclarado este punto, cabe agregar que el numeral 7.7 de la Directiva N° 003-2019-OSCE/CD, al referirse a la vigencia que deben tener la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, establece lo siguiente: *“La garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias debe ser renovada periódicamente hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas, siendo que en el caso de bienes, servicios en general y consultoría en general debe tener vigencia hasta el otorgamiento de la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y, en el caso de ejecución y consultoría de obras, hasta el consentimiento de la liquidación final”*. (El énfasis es agregado).

Como puede advertirse, la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias debe estar vigente, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, **hasta el otorgamiento de la conformidad de la prestación (accesoria) a cargo del contratista**, la cual está sujeta al cumplimiento de las condiciones contractuales establecidas en las bases del procedimiento de selección para tales efectos.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante mencionar que lo dispuesto en el numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento constituye un mandato de naturaleza imperativa⁴, en ese sentido, la Entidad se encuentra en la **obligación** de otorgar la conformidad –o en su defecto, otorgar al contratista un plazo para la subsanación de las observaciones advertidas– dentro de los plazos específicos (según corresponda a cada tipo de prestación) que contempla el numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento, tanto para la prestación principal como para las prestaciones accesorias⁵.

Finalmente, en caso la Entidad incumpla con los plazos previstos para el otorgamiento de la conformidad de la prestación (principal o accesoria), ocasionando un daño o perjuicio económico al contratista, este podrá hacer valer su derecho en vía correspondiente⁶, sin perjuicio del deslinde de responsabilidad de

⁴ Conforme lo señala Rubio Correa, *“la norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria. Por el contrario, la norma supletoria es aquella que sólo se aplica cuando no hay otra que regule el asunto; o la que se aplica a las relaciones privadas cuando las partes no han hecho declaración de voluntad expresa sobre el asunto (...)”*. Adicionalmente el autor señala, *“la variable que distingue entre normas imperativas y supletorias no es “su obligatoriedad o no obligatoriedad”, ni siquiera “la fuerza obligatoria” sino, su vocación normativa: la norma quiere disponer sin admitir voluntad contraria, o sólo quiere suplir la ausencia de otra norma”*. MARCIAL RUBIO CORREA. El Sistema Jurídico. 8va. Edición, PUCP, Fondo Editorial 2001. Pág. 110.

⁵ Conforme a lo señalado en la Opinión N° 008-2021/DTN.

⁶ De acuerdo con las disposiciones del Código Civil, cuando una de las partes de un contrato no ejecuta las obligaciones, ya sea por “dolo”, “culpa inexcusable” o “culpa leve”, debe resarcir a su contraparte por los daños y perjuicios irrogados.

Sobre el particular, Arteaga Zegarra precisa que *“(...) en el caso del contratista, se aplican las reglas del derecho común: los daños y perjuicios deben haberse producido efectivamente y, por ello, deben ser probados y cuantificados por quien alega haberlos sufrido; además, debe existir un nexo causal*

los funcionarios o servidores involucrados en dicho incumplimiento⁷. Asimismo, es importante añadir que, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley, las controversias que surjan entre las partes respecto de la recepción y la conformidad pueden ser sometidas a conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias debe estar vigente, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, hasta el otorgamiento de la conformidad de la prestación (accesoria) a cargo del contratista, la cual está sujeta al cumplimiento de las condiciones contractuales establecidas en las bases del procedimiento de selección para tales efectos.
- 3.2 En caso la Entidad incumpla con los plazos previstos para el otorgamiento de la conformidad de la prestación (principal o accesoria), ocasionando un daño o perjuicio económico al contratista, este podrá hacer valer su derecho en vía correspondiente, sin perjuicio del deslinde de responsabilidad de los funcionarios o servidores involucrados en dicho incumplimiento.

Jesús María, 18 de mayo de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.

*entre el incumplimiento o cumplimiento inexacto de las obligaciones a cargo de la Entidad y el daño efectiva y directamente irrogado por aquel.” ARTEAGA ZEGARRA, Mario. **El incumplimiento en materia de contratación pública**, en: Actualidad Jurídica. Tomo 138, Lima: Gaceta Jurídica, Mayo 2005, p. 33.*

⁷ Conforme al artículo 9 de la Ley, los funcionarios y servidores que intervienen en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios establecidos en el artículo 2 de la Ley. De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que vincule a las personas señaladas en el párrafo anterior con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

Asimismo, cabe precisar que la responsabilidad administrativa de los funcionarios o servidores surge debido a la contravención o violación de las normas que rigen la función pública o que establecen los deberes o las obligaciones administrativas, lesionando los intereses de la Administración.